

Mariella Magnani

Diritto del lavoro

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

CAPITOLO PRIMO

IL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Oggetto e fonti del diritto del lavoro. – 2. Il rapporto di lavoro subordinato nella sistematica del codice civile. – 3. Peculiarità del rapporto di lavoro rispetto agli altri rapporti contrattuali di scambio. – 4. La subordinazione come fondamentale fattispecie applicativa del diritto del lavoro. – 5. La rilevanza della qualificazione data dalle parti. – 6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di collaborazione eterorganizzata. – 7. La zona grigia tra autonomia e subordinazione. – 8. Il lavoro autonomo ed il lavoro agile.

1. Oggetto e fonti del diritto del lavoro.

Tradizionalmente, il diritto del lavoro ha sempre riguardato il rapporto di lavoro subordinato, come definito nell'art. 2094 c.c., mai il lavoro autonomo di cui al titolo III, libro V, del codice civile, ed in particolare il contratto d'opera come definito dall'art. 2222 c.c. In più, la disciplina del codice civile e delle leggi speciali visualizzano sociologicamente un certo tipo di rapporto di lavoro subordinato: il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, prevalente negli opifici industriali.

Il contratto di lavoro subordinato come oggetto tipico del diritto del lavoro

Rispetto alla tradizionale impostazione, si sono verificati però nuovi fenomeni, che attengono alla tipologia di rapporti di lavoro e che finiscono per investire lo stesso oggetto della materia.

Da una parte, vi è stata una proliferazione, assecondata dall'ordinamento, di tipologie di lavoro subordinato: la categoria non è più monolitica, come quando ospitava essenzialmente il rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, ma articolata al suo interno in figure contrattuali diverse (part-time, a tempo determinato, intermittente, con finalità formative), che pongono, dal punto di

vista interpretativo, problemi di adattamento della disciplina generale; dal punto di vista sistematico, problemi di sistemazione concettuale.

Dall'altra parte, si è verificata la diffusione di forme di lavoro autonomo che presentano forti assonanze con il lavoro subordinato (si pensi ai rapporti di collaborazione coordinata, continuativa e prevalentemente personale) divenuti oggetto di regolazione legislativa, prima nella legge-delega 14 febbraio 2003, n. 30 e nel d.lgvo 10 settembre 2003, n. 276 (cd. legge Biagi), successivamente nella l. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. legge Fornero) e, da ultimi, nel cd. Jobs Act (legge-delega 10 dicembre 2014, n. 183 e d.lgvo 15 giugno 2015, n. 81) e nella l. 22 maggio 2017, n. 81. Dunque, come è stato ben detto, se, nel quadro segnato dal paradigma organizzativo fordista, il binomio subordinazione-impresa sembrava necessario e totalizzante, ora quel binomio si è allentato e può essere sostituito da altri contratti e combinazioni più sofisticate. E di ciò ha preso atto il legislatore.

Frammentazione ed estensione dell'oggetto del diritto del lavoro

Già da queste considerazioni emerge che l'oggetto del diritto del lavoro, da un lato, si è frammentato; dall'altro, si è ampliato, nel senso di riguardare anche i rapporti di lavoro autonomo, essendo state estese ad alcuni di essi parti di disciplina generale conformata su quella del lavoro subordinato.

Con gli ultimi provvedimenti legislativi, ed in particolare con il cd. Jobs Act (denominazione convenzionale di un insieme di provvedimenti normativi costituiti dalla legge-delega n. 183 del 2014 e da ben nove decreti legislativi, di cui uno correttivo¹), si realizza un vero e proprio "riorientamento" del diritto del lavoro rispetto a quello consegnatoci dalla normativa precedente: in particolare dal cd. Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) degli anni '70 del secolo scorso.

La riforma del cd. Jobs Act

L'insieme dei decreti legislativi adottati a seguito della l.d. n. 183 del 2014 tocca tutti gli snodi della materia (ammortizzatori sociali; politiche attive del lavoro; semplificazione e razionalizzazione

¹ Cfr. d.lgvo 4 marzo 2015, n. 22; d.lgvo 4 marzo 2015, n. 23; d.lgvo 15 giugno 2015, n. 80; d.lgvo 15 giugno 2015, n. 81; d.lgvo 14 settembre 2015, n. 148; d.lgvo 14 settembre 2015, n. 149; d.lgvo 14 settembre 2015, n. 150; d.lgvo 14 settembre 2015, n. 151; d.lgvo 24 settembre 2016, n. 185.

delle procedure in materia di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro; riordino dei contratti di lavoro vigenti, attraverso uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo unico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro; conciliazione tempi di vita e tempi di lavoro). E già questo segna un mutamento rispetto ai precedenti interventi riformatori. L'unica materia esclusa è quella dei rapporti collettivi, vale a dire la regolazione delle rappresentanze sindacali e della contrattazione collettiva.

La riforma si ispira all'idea di *flexicurity*, un'idea di ascendenza europea² tendente a rendere più "flessibile" la disciplina del rapporto di lavoro e, nello stesso tempo, a rafforzare la sicurezza dei lavoratori sul piano del mercato del lavoro, sia per quanto riguarda la tutela del reddito, sia per quanto riguarda il reimpiego di chi si trova in stato di disoccupazione (v. *infra*, cap. XII).

L'obiettivo perseguito dal legislatore, ed enunciato esplicitamente nella l.d. n. 183 del 2014, nonché nel d.lgvo n. 81 del 2015, è incentivare la stipulazione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, considerato quale "forma comune di rapporto di lavoro", pur non cancellando le tipologie "flessibili" di rapporto, di cui viene solo razionalizzata la disciplina. L'unico istituto scomparso dalla regolazione legislativa – ma non dalla possibilità di utilizzazione – è il cd. lavoro ripartito (artt. 41-45, d.lgvo n. 276 del 2003).

Con la successiva l. n. 81 del 2017 ("Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato") il legislatore interviene per la prima volta, dopo il codice civile del 1942, sulla disciplina del lavoro autonomo non imprenditoriale, introducendo una disciplina innanzitutto di tipo incentivante e promozionale (ad esempio, tutele nelle transazioni commerciali; divieto di clausole abusive; tutela delle invenzioni; deducibilità dal reddito delle spese di formazione; accesso a servizi personalizzati per l'impiego; accesso agli appalti pubblici; inden-

La disciplina del lavoro autonomo e del lavoro agile

²Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 27 giugno 2007 (COM (2007) 359); Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 (COM (2010) 2020).

nità di maternità a prescindere dall'astensione dal lavoro). Poiché parte delle norme (in questo caso di tutela: diritto a un congruo preavviso in caso di recesso; diritto a congedi parentali; tutela della gravidanza, malattia e infortunio con sospensione del rapporto) concerne solo i collaboratori continuativi, non pare che sia scomparsa dall'orizzonte l'idea di una tutela del lavoro economicamente dipendente da tempo discussa nel dibattito dottrinale, anche internazionale. Si verrebbe cioè a radicare, nello statuto generale del lavoratore autonomo, uno statuto speciale per il lavoratore continuativo (e, si potrebbe dire, coordinato, posta la correlazione tra i due termini; non a caso la continuità, in giurisprudenza, viene vista come indice di coordinazione), ma in forma veramente rudimentale.

La l. n. 81 del 2017 regola anche, al capo II, il cd. lavoro agile (v. *infra*), una forma di lavoro subordinato caratterizzato dal fatto che la prestazione lavorativa viene svolta in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno, senza postazione fissa, con la possibile utilizzazione di strumenti tecnologici. Poiché l'esecuzione della prestazione all'interno dell'azienda non costituisce un effetto necessario del contratto di lavoro, come è dimostrato dalla risalente figura del lavoro a domicilio (l. 18 dicembre 1973, n. 877), le ragioni della regolazione del cd. lavoro agile appaiono più che altro di tipo promozionale della figura³.

Il cd.
decreto
dignità

Sebbene non manchino critici in dottrina, si può dire che il Jobs Act abbia cercato di tenere insieme le istanze della crescita economica e della valorizzazione del lavoro, concepite non come contrapposte ma come complementari: il successivo d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (cd. decreto "dignità"), conv. nella l. 9 agosto 2018, n. 96, specie con riferimento al contratto di lavoro a termine e alla somministrazione di lavoro, segna una parziale correzione di rotta che non sembra alterare, tuttavia, l'impianto di fondo della riforma operata con il cd. Jobs Act. Resta ancora da valutare quale

³Ed infatti già si conosceva una serie di accordi collettivi in materia, le cui previsioni dimostrano che la contrattazione collettiva avrebbe potuto regolare il lavoro agile (detto anche *smart working*) in via autonoma, nell'ambito dei principi generali di diritto, senza la necessità di elaborare una specifica disciplina normativa.

impatto potranno avere le recenti sentenze della Corte costituzionale 8 novembre 2018, n. 194 e 24 giugno 2020, n. 150, di accoglimento manipolative, rispettivamente, dell'art. 3, co. 1 e dell'art. 4, d.lgvo n. 23 del 2015 in materia di indennizzo in caso di licenziamento (su cui v. *infra*, cap. IX), nonché la sentenza-monito 22 luglio 2022, n. 183, sull'art. 9 dello stesso decreto legislativo.

2. Il rapporto di lavoro subordinato nella sistematica del codice civile.

Pur in presenza di un ampliamento dell'oggetto del diritto del lavoro, la sua fondamentale fattispecie applicativa resta il rapporto di lavoro subordinato, che trae origine dal contratto di lavoro.

Invero il codice civile non definisce il “contratto di lavoro”, ma il “prestatore di lavoro subordinato” (art. 2094 c.c.), intitola la relativa disciplina al “rapporto di lavoro”, piuttosto che al contratto di lavoro e la colloca, non nel libro IV (“Delle obbligazioni”), dove sono regolati i principali rapporti di scambio, ma nel libro V (“Del lavoro”), impostato sul concetto di impresa.

Sistematica del codice civile e teorie istituzionalistiche del rapporto di lavoro

La disciplina del rapporto di lavoro viene presentata come una parte della disciplina dell'impresa, di cui l'altra parte è costituita dalla disciplina dell'imprenditore, definito nell'art. 2082 c.c.

Tali elementi hanno contribuito alla prospettazione, anche in Italia, della cd. teoria istituzionalistica del rapporto di lavoro: in base ad essa, il rapporto di lavoro trarrebbe origine non da un contratto, ma dall'inserimento del prestatore di lavoro nell'impresa, vista come comunione di scopo, organizzata su base gerarchica: e questo spiegherebbe una serie di posizioni soggettive, quali il potere direttivo del datore di lavoro e la subordinazione del prestatore di lavoro.

Le teorie istituzionalistiche del rapporto di lavoro

Il relativo, iniziale, successo di questa dottrina, di chiara ascendenza tedesca, è dovuto alle considerazioni sopra svolte circa l'impostazione del codice civile in ordine alla collocazione della disciplina del rapporto di lavoro, visto come parte della disciplina dell'impresa.

Inoltre, sulla base della natura contrattuale del rapporto di lavoro, non si riusciva a spiegare in modo esauriente l'esistenza di pote-

ri unilaterali del datore di lavoro, che apparivano scarsamente inquadrabili nella logica paritaria della posizione dei due contraenti, tipica degli altri rapporti contrattuali.

Il prevalere della teoria contrattualistica del rapporto di lavoro

Tuttavia, fin dagli anni '60 del secolo scorso, la dottrina maggioritaria italiana ha sconfessato la teoria istituzionalistica del rapporto di lavoro, che invero ha avuto diverse sfumature⁴.

Le critiche alla teoria istituzionalistica

L'obiezione di fondo rivolta alla teoria istituzionalistica è che essa è viziata sul piano logico dal momento che è ben concepibile un'attività in comune senza scopo comune; inoltre, essa non trova conforto sul piano del diritto positivo, giacché nel nostro ordinamento nessuna norma configura l'impresa come comunione di scopo. Anche l'art. 2086 c.c., che porta oggi la rubrica "Gestione dell'impresa"⁵, sovente visto come caposaldo della teoria istituzionalistica, può spiegarsi proprio in relazione al periodo storico in cui il codice civile è stato formulato: nel periodo corporativo, la norma aveva la funzione precipua di individuare colui che rispondeva nei confronti dello Stato dell'osservanza delle disposizioni corporative relative alla produzione e, correlativamente, era rivestito di autorità gerarchica sugli altri membri dell'organizzazione.

La prestazione di fatto con violazione di legge

Nel codice civile vi sono peraltro alcune disposizioni che confermano la natura contrattuale del rapporto di lavoro. Oltre che nello stesso art. 2094 c.c., possiamo trovare tale conferma nella disposizione relativa alla prestazione di fatto con violazione di legge, di cui all'art. 2126 c.c. La regola generale è che la nullità e l'annullamento del contratto di lavoro non producono effetto nel periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa: per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione permangono, dunque, le obbligazioni in capo al datore di lavoro, a cominciare da quella retributiva. Al di là di che cosa debba intendersi per "illiceità dell'oggetto o della causa", preme rilevare come, se è vero che la semplice esecuzione del

⁴Fino ad arrivare alle teorie cd. associative del rapporto di lavoro.

⁵La norma è stata modificata con il d.lgvo 12 gennaio 2019, n. 14 (cd. Codice della crisi) che, pur modificandone la rubrica ed introducendo il secondo comma, ha tuttavia lasciato inalterato il primo comma, da cui ha tratto alimento la teoria istituzionalistica.

rapporto è fonte di obbligazioni, la norma postuli pur sempre, ed esplicitamente, l'esistenza di un contratto, sia pure dichiarato nullo o annullato.

Dunque, il rapporto di lavoro è, e rimane, un rapporto contrattuale di scambio. Le posizioni giuridiche attive e passive in cui esso si articola vanno ricondotte al contratto.

Tale premessa teorico-dogmatica è importante per il corretto inquadramento del rapporto di lavoro, ma è pure utile per spiegare talune affermazioni specie giurisprudenziali che, nell'inquadramento delle posizioni soggettive caratterizzanti il rapporto di lavoro (si pensi al potere direttivo del datore di lavoro e alla subordinazione del prestatore di lavoro), pur senza esplicitamente riferirvisi, suppongono l'idea della natura istituzionalistica del rapporto di lavoro.

Il rapporto di lavoro come rapporto contrattuale di scambio

3. Peculiarità del rapporto di lavoro rispetto agli altri rapporti contrattuali di scambio.

La peculiarità del rapporto di lavoro rispetto agli altri rapporti contrattuali di scambio è che in esso il prestatore mette in gioco, non solo il suo patrimonio, ma anche la sua persona, data l'inseparabilità della stessa dall'attività lavorativa dedotta in contratto.

L'inseparabilità della attività lavorativa dalla persona

Proprio l'immanenza della stessa persona del lavoratore nel contenuto del rapporto esige una disciplina speciale che tenga conto dell'inseparabilità del lavoro dalla persona umana e quindi assoggetti l'autonomia individuale a limiti particolari, nella misura richiesta dalla necessità di tutela del prestatore, in quanto contraente debole. Di qui il *corpus* normativo che va sotto il nome di diritto del lavoro, caratterizzato dall'inderogabilità (*in peius*) di gran parte delle norme che lo compongono.

La *ratio* dell'inderogabilità della disciplina protettiva del lavoratore non risiede tuttavia solo nell'esigenza di tutela della persona che lavora (pensiamo alla normativa in materia di tutela dell'integrità fisica); talvolta, dipende dalla necessità di tutelare il contraente debole, stante l'asimmetria di potere tra le parti del rapporto. Ciò giustifica una sorta di ripensamento – attualmente in corso – sull'inderogabilità delle norme che compongono il diritto del lavoro.

L'inderogabilità della normativa lavoristica

ro e la tendenza a distinguere le norme che devono restare inderogabili, perché poste a presidio della persona, e quelle poste a tutela del contraente debole, che invece possono essere in vario modo derogate, là dove venga meno l'asimmetria di potere, magari anche grazie all'intervento sindacale.

4. La subordinazione come fondamentale fattispecie applicativa del diritto del lavoro.

La subordinazione come fondamentale fattispecie applicativa del diritto del lavoro

Nonostante le parziali estensioni anche a forme di lavoro autonomo, l'intero *corpus* normativo del diritto del lavoro si applica solo al lavoratore subordinato. Il problema che si presenta, quindi, è quello di definire la fattispecie della subordinazione, dal momento che l'attività di lavoro può essere dedotta anche in un contratto d'opera (art. 2222 c.c.).

La subordinazione come eterodirezione

Ciò che distingue i due contratti non è il tipo di attività dedotta in obbligazione, ma la sua modalità. La concezione più diffusa, che risale ad un padre fondatore del diritto del lavoro italiano, Lodovico Barassi, ritiene che subordinazione equivalga ad assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro: si tratta della cd. eterodirezione. Ciò è quanto viene scolpito dall'art. 2094 c.c., allorché considera prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga a prestare il proprio lavoro intellettuale o manuale "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Tale espressione secondo alcuni è una semplice endiadi; altri enfatizzano il riferimento alla "dipendenza" del prestatore di lavoro subordinato per dare ingresso a criteri diversi di rilevazione della subordinazione ed in particolare a criteri di tipo socio-economico, come la debolezza economica del prestatore di lavoro.

Tuttavia, ad oggi, l'opinione prevalente identifica la subordinazione come assoggettamento del prestatore ad eterodirezione. Del resto, anche l'art. 2104 c.c., nel descrivere le obbligazioni del prestatore di lavoro, al secondo comma, dispone che egli deve seguire le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.

Alcuni mettono in luce la non esaustività del criterio dell'eterodirezione, in quanto essa potrebbe anche mancare o essere molto attenuata in dipendenza del genere di prestazione dedotta, ad esempio quella dirigenziale o altamente specialistica. D'altro lato, si è osservato che, in forma più o meno marcata, l'assoggettamento a direttive del committente è compatibile anche con un rapporto di lavoro autonomo (si pensi ad esempio al contratto di appalto, in cui il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e la sua ingerenza può arrivare fino alla nomina di un direttore dei lavori).

Critiche
al criterio
della etero-
direzione

Per quanto possa sembrare singolare, trattandosi appunto della fondamentale fattispecie applicativa del diritto del lavoro, la discussione circa la vera essenza della subordinazione è lontana dall'essere conclusa. Lo dimostra la difficoltà di inquadrare l'art. 2 del d.lgvo n. 81 del 2015 e di interpretare il riferimento, ivi contenuto, alla "eteroorganizzazione", che qualcuno fa coincidere ed altri contrappone all'eterodirezione (v. *infra*).

La giurisprudenza prevalente aderisce alla concezione della subordinazione come assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro⁶. Poi, nelle concrete operazioni di qualificazione, va alla ricerca di indici – definiti indici sussidiari⁷ – rivelatori dell'esistenza della subordinazione sulla base della figura socialtipica di lavoratore subordinato. Così, è lavoratore subordinato colui che è assoggettato a un determinato orario di lavoro, percepisce una retribuzione a tempo a prescindere dal risultato, non è proprietario degli attrezzi di lavoro ma usa quelli messi a disposizione dal datore di lavoro, etc.⁸.

Gli orienta-
menti giuri-
sprudenziali

Nei casi dubbi, la giurisprudenza verifica dunque se, nel caso concreto, vi sia una maggiore o minore approssimazione rispetto alla figura socialtipica di lavoratore subordinato visualizzata dal le-

⁶Cfr. Cass. 31 ottobre 2016, n. 21979; Cass. 2 ottobre 2017, n. 22984; Cass. 14 giugno 2018, n. 15631.

⁷Cfr. Cass. 16 maggio 2016, n. 10004; Cass. 10 aprile 2017, n. 9173; Cass. 27 marzo 2018, n. 7587.

⁸Cfr. Cass. 21 ottobre 2014, n. 22289; Cass. 19 settembre 2016, n. 18320; Cass. 11 luglio 2018, n. 18253.

gislatore quando ha dettato la disciplina di cui agli artt. 2094 ss. c.c. Si ritiene che la giurisprudenza segua il cd. metodo tipologico (il quale implica un giudizio di approssimazione della fattispecie concreta rispetto alla figura socialtipica di lavoro subordinato) e non sussuntivo di qualificazione, sul presupposto che, nel momento in cui il legislatore delineava la figura del lavoratore subordinato e la sua disciplina, visualizzava una figura tipica di lavoratore (il cd. tipo normativo); e ciò giustifica l'operazione giurisprudenziale di ricerca degli indici di questa figura socialtipica che sottostà alla definizione dell'art. 2094 c.c.

Quelli che la giurisprudenza indica come indici sussidiari sono, in realtà, i criteri principali dalla stessa utilizzati per risolvere i problemi qualificatori soprattutto in tempi recenti, quando, prevalentemente nel settore dei servizi, la cd. zona grigia tra autonomia e subordinazione è diventata sempre più ampia.

5. La rilevanza della qualificazione data dalle parti.

L'operazione
di qualifica-
zione
comete
al giudice

La difficoltà di qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato ha talora indotto la giurisprudenza a valorizzare il cd. *nomen iuris* dato dalle parti. Va da sé che il potere di qualificazione spetta al giudice; tanto più quando vi sia una disciplina inderogabile da applicare al rapporto da qualificare.

Tuttavia, la giurisprudenza ha talvolta valorizzato la qualificazione operata dai contraenti, nel senso (limitato) che ad essa va attribuito rilievo se le concrete modalità di svolgimento del rapporto siano compatibili sia con la subordinazione che con l'autonomia: in questo caso sarà preso in considerazione il *nomen iuris* dato dalle parti⁹. Non è in sé un grande cambiamento dei principi; tuttavia, alcuni hanno osservato come, in tal modo, la giurisprudenza abbia superato la sua precedente attitudine a far operare una sorta di presunzione di lavoro subordinato nei casi dubbi.

⁹Cfr. Cass. 23 luglio 2004, n. 13884; Cass. 26 agosto 2013, n. 19568; Cass. 8 giugno 2017, n. 14296; Cass. 26 giugno 2020, n. 12871.

6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di collaborazione eterorganizzata.

Negli ultimi decenni, si è assistito al fenomeno definito come “fuga dal lavoro subordinato”, per una serie di fattori di diverso segno: senz’altro, per i costi del lavoro subordinato, non solo economici ma pure normativi, ma anche, in casi assai più numerosi di quanto si creda, a seguito della genuina scelta, da parte del prestatore di lavoro, per l’autonomia.

Vi è stata quindi una vera e propria proliferazione dei rapporti di lavoro autonomo aventi ad oggetto una “prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale” (art. 409, n. 3, c.p.c.). È la fattispecie enucleata dal legislatore con la l. 11 agosto 1973, n. 533, sulla riforma del processo del lavoro, che, nel modificare le regole processuali per il lavoro subordinato, ha esteso il particolare rito previsto alle controversie relative ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e a tutti i rapporti di collaborazione che, appunto, si concretino in una prestazione d’opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato.

In realtà la figura era già stata enucleata dalla cd. legge Vigorelli, la l. 14 luglio 1959, n. 741, al fine di estendere *erga omnes* gli accordi economici e i contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore di tale legge, ai “rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d’opera continuativa e coordinata”.

Nel 1973 essa è stata presa in considerazione a fini processuali, come si è detto, sul presupposto di un’assonanza delle esigenze di tutela col lavoro subordinato. Tutte le caratteristiche della fattispecie – ed in particolare il carattere del coordinamento e della continuità o continuatività – infatti, fanno anche presumere una situazione di monocommittenza, o quasi monocommittenza, tale per cui il prestatore sarà in una condizione di debolezza contrattuale rispetto al committente.

L’assimilazione sul piano processuale non ha implicato però un’assimilazione sul piano sostanziale, della disciplina applicabile. Sotto questo profilo, con la l. n. 533 del 1973, si è prevista l’applicazione alle collaborazioni coordinate e continuative del solo art.

La lunga storia dei rapporti di lavoro autonomo che comportano una collaborazione coordinata e continuativa, a carattere prevalentemente personale

L’art. 409, n. 3), c.p.c.

Applicazione del rito del lavoro e dell’art. 2113 c.c.

2113 c.c. (v. *infra*, cap. X), relativo alle rinunce e transazioni, da parte del prestatore di lavoro subordinato, ai diritti derivanti da norme inderogabili di legge e di contratto collettivo: una disposizione che, nelle nostre fattispecie, non ricopre tuttavia un ruolo particolarmente significativo, tanto, appunto, da far ricordare la riforma del 1973 soprattutto per l'estensione del rito del lavoro alle relative controversie.

Assoggettamento a contribuzione previdenziale

Con la l. 8 agosto 1995, n. 335, sulla riforma del sistema pensionistico, poi, si sono assoggettati i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a contribuzione previdenziale obbligatoria, a carico prevalentemente del committente, da versare ad un'apposita gestione separata, istituita presso l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale. La misura di siffatta contribuzione previdenziale, inizialmente molto bassa, è stata progressivamente innalzata sino a toccare l'aliquota prevista per i lavoratori subordinati.

Paradossalmente, proprio l'assoggettamento a contribuzione previdenziale del corrispettivo versato ha propiziato l'aumento di tali tipi di rapporto, anche a causa della minore propensione degli istituti previdenziali a farne valere la (eventuale) natura subordinata, ai fini della percezione della contribuzione.

Nel tempo, si sono aggregate attorno alla figura alcune tutele conformate sulla disciplina del lavoro subordinato, ma tutto sommato abbastanza limitate¹⁰.

Il lavoro a progetto

Una nuova stagione si è aperta con il d.lgvo n. 276 del 2003, attuativo della l.d. n. 30 del 2003, in base al quale, al fine di contrastare l'uso fraudolento dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, si prevedeva la necessaria riconduzione degli stessi a "uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso" (art. 61, d.lgvo n. 276 del 2003). In mancanza della previsione in forma scritta, all'interno del contratto, di un "progetto", il rapporto instaurato si considerava rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 69).

¹⁰L'obbligo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 5, d.lgvo 23 febbraio 2000, n. 38); l'indennità di maternità (art. 64, d.lgvo 26 marzo 2001, n. 151); l'indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera (d.m. 12 gennaio 2001); gli assegni per il nucleo familiare (d.m. 4 aprile 2002).

La l. n. 92 del 2012 ha inasprito la disciplina del d.lgvo n. 276 del 2003, introducendo requisiti più restrittivi per la configurazione del progetto e prevedendo esplicitamente il carattere assoluto della presunzione di subordinazione, di cui all'art. 69 del d.lgvo n. 276 del 2003, in mancanza del medesimo.

Le modifiche restrittive introdotte dalla cd. legge Fornero

La disciplina sul lavoro a progetto è stata criticata sia per l'inedoneità del requisito del "progetto" ad assolvere ad una funzione discrezionale tra lavoro autonomo e lavoro subordinato (a tacere d'altro, anche il lavoratore subordinato può lavorare "a progetto"), sia perché inibiva sostanzialmente forme di lavoro autonomo, coordinato e continuativo, a tempo indeterminato.

L'intera disciplina del lavoro a progetto è, infine, venuta meno con il d.lgvo n. 81 del 2015, entrato in vigore il 25 giugno 2015: l'art. 52 di suddetto decreto porta la rubrica "Superamento del contratto a progetto" e abroga gli artt. 61-69 *bis* del d.lgvo n. 276 del 2003, che hanno continuato ad applicarsi solo ai contratti in corso.

Il "superamento" del contratto di lavoro a progetto

Il superamento della normativa sul lavoro a progetto non preclude certamente la stipulazione di contratti di lavoro autonomo, che implicano una collaborazione coordinata e continuativa a carattere prevalentemente personale. Il già menzionato art. 52 del d.lgvo n. 81 del 2015 fa espressamente salvo l'art. 409 c.p.c. che, al numero 3), contempla, come già ricordato, proprio tali tipi di rapporti. Ma, anche a prescindere da ciò, va considerato che esiste pur sempre nell'ordinamento l'art. 2222 c.c. il quale, in base all'opinione prevalente, comprende pure i contratti di durata (quale è il contratto di lavoro autonomo continuativo). In ogni caso, anche qualora ciò non fosse, il contratto di collaborazione coordinata e continuativa sarebbe da considerare un contratto di lavoro autonomo atipico.

Con lo stesso d.lgvo n. 81 del 2015, con cui ha "abrogato" la normativa sul lavoro a progetto, il legislatore aveva sancito originariamente che la disciplina del lavoro subordinato si applicasse "anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro" (art. 2, co. 1, d.lgvo n. 81 del 2015). Successivamente, con il d.l. n. 101 del 2019, conv. in l. n. 128 del 2019, la disposizione ha subito una modificazione nel sen-

Il lavoro eterorganizzato

so che la disciplina del lavoro subordinato si applica anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro *prevalentemente* personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente (con espunzione, dunque, del riferimento ai tempi e al luogo di lavoro e con l'allargamento della fattispecie al lavoro "prevalentemente" personale).

Con questa norma, di difficile decifrazione, sembra che il legislatore abbia perseguito, con tecnica diversa, la stessa finalità perseguita con la cd. legge Biagi: discriminare il falso dal vero lavoro autonomo continuativo.

Ci sono coloro per i quali sarebbe possibile distinguere tra rapporti di lavoro subordinato e rapporti di lavoro eterorganizzato, che resterebbero pur sempre rapporti di lavoro autonomo, cui il legislatore ritiene applicabile la disciplina del lavoro subordinato¹¹.

Eterorganizzazione
vs. eterodirezione?

Senonché, non è facile individuare un'apprezzabile differenza tra eterorganizzazione ed eterodirezione: se è vero che anche la giurisprudenza usa spesso questi termini come sinonimi. Realisticamente, si può intravedere nella disposizione un invito alla giurisprudenza ad affinare gli indici di subordinazione.

Le eccezioni dal
campo di
applicazione
dell'art. 2,
d.lgvo n. 81
del 2015

La portata innovativa – e realmente precettiva – della norma si può semmai individuare nell'art. 2, co. 2, che contiene il regime delle esclusioni. In particolare, ai sensi della norma in questione le disposizioni relative al lavoro eterorganizzato non si applicano a una serie di ipotesi (collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni, etc.), tra le quali la più importante concerne le "collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normati-

¹¹ Prospettandosi così l'ulteriore questione se l'intera disciplina del lavoro subordinato sia applicabile oppure no. La questione è stata dibattuta in giurisprudenza essenzialmente con riguardo all'art. 28 St. lav.: cfr., in senso positivo, Trib. Milano, 28 marzo 2021; Trib. Bologna, 14 aprile 2021; Trib. Bologna, 30 giugno 2021. In senso contrario Trib. Firenze, 9 febbraio 2021.

vo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” (cfr. art. 2, co. 2, lett. a). La disposizione, dunque, consente ai contratti collettivi nazionali, stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, di derogare a quanto previsto nel co. 1 e, di conseguenza, all’applicazione della disciplina del lavoro subordinato¹². È una norma che, ricorrendone i presupposti, sia soggettivi – la stipulazione del contratto ad opera di sindacati comparativamente più rappresentativi – sia oggettivi – la ricorrenza di particolari esigenze produttive ed organizzative del settore, nonché la definizione del trattamento economico e normativo dei lavoratori – consente di conformare fattispecie e tutele. Essa ben potrebbe attagliarsi a quelle zone grigie da sempre presenti nella realtà sociale ed oggi tipiche dei nuovi lavori che proliferano con l’applicazione delle tecnologie digitali: si pensi al lavoro tramite piattaforma (v. *infra*).

Se si legge la previsione dell’art. 2, co. 1, d.lgvo n. 81 del 2015 semplicemente in funzione antifraudolenta, ovvero di affinamento degli indici di subordinazione, il problema della distinzione tra collaborazioni eterorganizzate e collaborazioni coordinate si riduce alla tradizionale questione della distinzione tra subordinazione e coordinamento.

La distinzione tra eterodirezione e coordinamento

Pure il coordinamento comporta, infatti, l’inserimento del lavoratore nell’organizzazione aziendale e un certo grado di ingerenza del committente sulle modalità di esecuzione della prestazione. Nel tentativo di chiarire il discrimine, nell’art. 15 della l. n. 81 del 2017 il legislatore ha precisato che “la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa”.

Con la norma si sottolinea che le modalità di esecuzione della prestazione devono essere concordate dalle parti nel contratto o di volta in volta durante lo svolgimento del rapporto, a differenza di

¹²Questo è avvenuto nel caso dei *call center outbound*, oggetto della sentenza del Tribunale di Roma del 6 maggio 2019 che, in presenza dell’accordo sindacale di cui sopra, ha escluso l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato. Sul tema, si v. anche Trib. Bergamo, 30 giugno 2022, che tuttavia non ritiene sufficienti nel caso le condizioni per l’applicazione del secondo comma dell’art. 2.

quanto avviene nel lavoro eterorganizzato/eterodiretto. Tuttavia, se la presenza di un accordo sulle modalità del coordinamento è condizione necessaria, essa non è condizione sufficiente: occorre infatti pur sempre accertare che, nel concreto svolgimento del rapporto, il collaboratore organizzi “autonomamente” la sua attività, come precisa la norma. Si ritorna, dunque, in un certo senso da capo.

7. La zona grigia tra autonomia e subordinazione.

Si è parlato precedentemente di una zona grigia tra autonomia e subordinazione che ha indotto la giurisprudenza a valorizzare i cd. indici sussidiari di subordinazione ed anche il *nomen iuris* utilizzato dalle parti.

Oggi assistiamo ad un fenomeno in parte nuovo che mette in crisi la stessa funzionalità della divisione binaria autonomia/subordinazione.

Il lavoro
tramite
piattaforma
digitale e
il caso dei
riders

Si stanno profilando all’orizzonte forme di lavoro che, sebbene difficilmente riconducibili alla nozione classica di subordinazione, presentano evidenti esigenze di tutela. Esempio è il caso del lavoro prestato tramite piattaforma digitale: si pensi ai *riders*, ovvero ai ciclofattorini, o ai *drivers* di Uber. I giudici italiani che hanno affrontato il problema della qualificazione di tali rapporti hanno concluso, in un primo tempo, per la autonomia¹³, per una serie di

¹³ Cfr. Trib. Torino, 7 maggio 2018, Trib. Milano, 10 settembre 2018. Il problema di qualificazione ha riguardato anche altri ordinamenti: per i *drivers* di Uber il Tribunale londinese ha affermato che il livello di controllo sull’attività degli autisti da parte di Uber è sufficiente a classificare gli stessi quali *workers*, sicché essi hanno diritto al pagamento del salario minimo e ad altre tutele relative al rapporto di lavoro, come ad esempio il diritto a ferie retribuite (cfr. Mr Aslam, Mr J Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, London Central Employment Tribunal, case n° 2202551/2015; l’appello è stato respinto con sentenza emessa dall’Employment Appeal Tribunal in data 10 novembre 2017, n. UKEAT/0056/17/DA; e così pure la successiva impugnazione è stata respinta dalla Supreme Court in data 19 febbraio 2021). Nel senso della natura subordinata del rapporto si è espresso il giudice spagnolo, in una controversia instaurata da un fattorino contro una società di consegna di pasti a domicilio, sul presupposto che quest’ultima dava istruzioni specifiche al lavoratore, monito-

motivi tra i quali preponderante è l'insussistenza di un obbligo di rispondere alla chiamata e, dunque, di rendere la prestazione. Si tratta dello stesso argomento utilizzato dai giudici della Corte di cassazione nel risalente caso dei cd. *pony express*¹⁴ – cioè motofattorini che, utilizzando il proprio veicolo, effettuavano consegne a domicilio – per escludere l'esistenza della subordinazione. Successivamente, hanno preso a ricondurre la figura dei *riders* al lavoro eterorganizzato ex art. 2, d.lgvo n. 81 del 2015¹⁵, sebbene non manchino sentenze che, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, la riconducono al lavoro subordinato¹⁶.

Per risolvere questo tipo di problemi, come giustamente, e da tempo, osservato dalla dottrina, non è sufficiente affinare la nozione di subordinazione, ma, *de iure condendo*, è necessario superare la netta distinzione, sul piano delle tutele, tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi.

Secondo un'idea circolata nel dibattito giuslavoristico da più di vent'anni (e culminata nel progetto di cd. Statuto dei Lavori¹⁷) si tratterebbe di prendere in considerazione tutto il lavoro personale o prevalentemente personale – a prescindere dalla sua qualificazio-

rava la sua localizzazione mediante piattaforma informatica e stabiliva il prezzo dei servizi offerti (cfr. Jose Enrique c. Roofoods Spain S.L. e El Fondo de garantía salarial, sentenza n. 244/2018 del 1° giugno 2018; analogamente, da ultimo, Tribunal Supremo Madrid, 25 settembre 2020). A conclusioni analoghe è giunto anche il giudice francese, che ha valorizzato le concrete modalità di svolgimento del rapporto e il fatto che la piattaforma eserciti un potere di controllo e sanzionatorio: Cour de Cassation, Chambre Sociale, 28 novembre 2018, n. 1737 e Cour de Cassation, Chambre Sociale, 4 marzo 2020, n. 374.

¹⁴Cfr. Cass. 10 luglio 1991, n. 7608; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1238. Qualifica il rapporto come di natura subordinata Cass. 29 luglio 2009, n. 17613, in relazione alle peculiari caratteristiche del caso concreto: il mezzo utilizzato era di proprietà del committente, il lavoratore non godeva di alcuna autonomia ed era assoggettato al potere di controllo e direttivo del datore di lavoro.

¹⁵Cfr. App. Torino, 11 gennaio 2019; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663; Trib. Bologna, 8 aprile 2022; Trib. Milano, 29 novembre 2022.

¹⁶Trib. Palermo, 24 novembre 2020; Trib. Torino, 18 novembre 2021; Trib. Milano, 20 aprile 2022; Trib. Torino, 15 novembre 2022.

¹⁷Tradotto nel d.d.l. n. 2516, comunicato alla Presidenza del Senato il 6 settembre 2016, nella XVII legislatura.

ne come autonomo ovvero subordinato – e graduare l'intensità della protezione a seconda delle esigenze di tutela.

Il lavoro
tramite
piattaforma
nell'ordina-
mento
francese

Per quanto riguarda i lavoratori tramite piattaforma, l'ordinamento francese¹⁸ ha sancito la “responsabilità sociale delle piattaforme” prevedendo, a favore dei lavoratori indipendenti tramite piattaforma, quando questa determini le caratteristiche delle prestazioni di servizio fornito o del bene venduto e fissi il suo prezzo, una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi: l'assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, il diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze, il diritto di astenersi dai propri servizi per difendere interessi professionali senza incorrere in responsabilità contrattuale (una sorta di diritto alle astensioni collettive dal lavoro), il diritto di organizzazione sindacale.

Il Capo V *bis*
del d.lgvo n.
81 del 2015

In verità, una norma simile è stata introdotta dal d.l. 3 settembre 2019 n. 101, conv. nella l. n. 128 del 2019, che ha aggiunto il Capo V *bis* (artt. 47 *bis* ss.) nel d.lgvo n. 81 del 2015 per disciplinare il rapporto dei riders autonomi impegnati nella consegna a domicilio di beni per conto altrui, attraverso piattaforme anche digitali.

Le tutele loro attribuite sono, per così dire, minimali. Va segnalato che, per quanto riguarda il compenso, essi non possono essere retribuiti a consegna, salva diversa disposizione dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale. Inoltre, è prevista una copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e l'applicazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 47 *septies*, co. 3).

Un particolare problema interpretativo nasce dal fatto che il co. 1 dell'art. 47 *bis* qualifica espressamente i lavoratori cui si riferiscono queste disposizioni come autonomi. Tuttavia, il co. 2 dà una definizione di piattaforma digitale in base alla quale essa determina “le modalità di esecuzione della prestazione”: il che non è molto sintonico con le tradizionali definizioni di autonomia e subordinazione.

¹⁸ Cfr. artt. L. 7341-1 ss. *Code du travail*, così come modificato dalla cd. *Loi Travail* (l. n. 2016-1008 dell'8 agosto 2016).

Il lavoro tramite piattaforme digitali è stato recentemente oggetto di un’iniziativa regolativa dell’Unione europea. La Commissione europea, infatti, ha sottoposto all’approvazione del Parlamento europeo e del Consiglio una proposta di direttiva “relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali” (COM(2021)726 fin., del 9 dicembre 2021).

L’iniziativa regolativa dell’Unione europea

La proposta di direttiva si riferisce non solo al lavoro dei ciclofattorini, ma a tutte le attività svolte mediante piattaforme digitali e vuole regolare, tra gli altri, due temi centrali: la qualificazione del rapporto di lavoro mediante piattaforma digitale e la questione della gestione algoritmica dei rapporti di lavoro.

Da un lato, si propone l’introduzione di una presunzione relativa di subordinazione, là dove la piattaforma digitale controlli “l’esecuzione del lavoro” della persona che lo svolge; ciò che si ravvisa allorché siano presenti taluni elementi indicati dalla proposta.

Dall’altro lato, si fissano alcune regole sulla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, che includono obblighi di informazione dei lavoratori sui sistemi di monitoraggio utilizzati dalla piattaforma e sui sistemi decisionali impiegati per prendere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro. È degno di nota che vi si preveda, oltre al monitoraggio umano dell’impatto dei sistemi automatizzati, il riesame umano di decisioni significative sulle condizioni dei lavoratori delle piattaforme digitali.

Si tratta, in prospettiva, di uno dei problemi più delicati del diritto del lavoro e che non concerne solo i lavoratori che svolgono una prestazione tramite piattaforma digitale, posto che anche in molti settori “tradizionali” è ormai prevedibile un crescente utilizzo di strumenti basati su algoritmi per la gestione dei rapporti di lavoro.

8. Il lavoro autonomo ed il lavoro agile.

Ai sensi dell’art. 2222 c.c., si ha contratto d’opera “quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”. Ad esso si applicano le norme del capo I, titolo III, libro V c.c., salvo che il rapporto

Il lavoro autonomo nel codice civile